

**IN THE MATTER OF the *Broadcasting Act*,  
S.C. 1991, c. 11;**

**AND IN THE MATTER OF the Canadian  
Radio-television and Telecommunications  
Commission's Broadcasting Regulatory Policy  
CRTC 2009-329 and Broadcasting Order  
CRTC 2009-452;**

**AND IN THE MATTER OF an application  
by way of a reference to the Federal  
Court of Appeal pursuant to ss. 18.3(1) and  
28(2) of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985,  
c. F-7**

**Alliance of Canadian Cinema, Television  
and Radio Artists, Canadian Media  
Production Association, Directors  
Guild of Canada and Writers Guild of  
Canada** *Appellants*

v.

**Bell Aliant Regional Communications,  
LP, Bell Canada, Cogeco Cable Inc., MTS  
Allstream Inc., Rogers Communications  
Inc., TELUS Communications Company,  
Vidéotron Ltd. and Shaw Communications  
Inc.** *Respondents*

and

**Canadian Radio-television and  
Telecommunications Commission** *Intervener*

**INDEXED AS: REFERENCE RE *BROADCASTING ACT***

**2012 SCC 4**

File No.: 33884.

2012: January 16; 2012: February 9.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps,  
Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and  
Karakatsanis JJ.

**DANS L'AFFAIRE intéressant la *Loi sur la  
radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11;**

**ET DANS L'AFFAIRE DE la Politique régle-  
mentaire de radiodiffusion CRTC 2009-329  
du Conseil de la radiodiffusion et des télécom-  
munications canadiennes et l'ordonnance de  
radiodiffusion CRTC 2009-452;**

**ET DANS L'AFFAIRE D'UNE demande  
introduite sous forme de renvoi à la Cour  
d'appel fédérale en vertu des par. 18.3(1) et  
28(2) de la *Loi sur les cours fédérales*, L.R.C.  
1985, ch. F-7**

**Alliance of Canadian Cinema, Television  
and Radio Artists, Association canadienne  
de production de média, Guilde cana-  
dienne des réalisateurs et Writers Guild of  
Canada** *Appelantes*

c.

**Bell Aliant Communications régionales,  
s.e.c., Bell Canada, Cogeco Câble inc., MTS  
Allstream Inc., Rogers Communications Inc.,  
Société TELUS Communications, Vidéotron  
Ltée et Shaw Communications Inc.** *Intimées*

et

**Conseil de la radiodiffusion et des  
télécommunications canadiennes** *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : RENVOI RELATIF À LA *LOI SUR LA  
RADIODIFFUSION***

**2012 CSC 4**

N° du greffe : 33884.

2012 : 16 janvier; 2012 : 9 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges  
LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell,  
Moldaver et Karakatsanis.

## ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Communications law — Broadcasting — Internet — Internet service providers providing end-users with access to broadcasting over Internet — Whether Internet service providers are broadcasters when they provide end-users with access to broadcasting through Internet — Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11, ss. 2, 3.*

The Canadian Radio-television and Telecommunications Commission referred to the Federal Court of Appeal the question of whether retail Internet service providers (“ISPs”) carry on, in whole or in part, “broadcasting undertakings” subject to the *Broadcasting Act* when, in their role as ISPs, they provide access through the Internet to “broadcasting” requested by end-users. The court held that they do not.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The terms “broadcasting” and “broadcasting undertaking”, interpreted in the context of the language and purposes of the *Broadcasting Act*, are not meant to capture entities which merely provide the mode of transmission. The *Broadcasting Act* makes it clear that “broadcasting undertakings” are assumed to have some measure of control over programming. The policy objectives listed under s. 3(1) of the Act focus on content. When providing access to the Internet, which is the only function of ISPs placed in issue by the reference question, they take no part in the selection, origination, or packaging of content. The term “broadcasting undertaking” does not contemplate an entity with no role to play in contributing to the Act’s policy objectives. Accordingly, ISPs do not carry on “broadcasting undertakings” under the *Broadcasting Act* when they provide access through the Internet to “broadcasting” requested by end-users.

**Cases Cited**

**Referred to:** *Electric Despatch Co. of Toronto v. Bell Telephone Co. of Canada* (1891), 20 S.C.R. 83; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141.

## EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

*Droit des communications — Radiodiffusion — Internet — Fournisseurs de services Internet permettant aux utilisateurs finaux d’avoir accès à la radiodiffusion grâce à Internet — Ces fournisseurs sont-ils des radiodiffuseurs lorsqu’ils permettent ainsi cet accès? — Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11, art. 2, 3.*

Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes a saisi la Cour d’appel fédérale d’un renvoi sur la question de savoir si les fournisseurs de services Internet (« FSI ») de détail exploitent, en tout ou en partie, des « entreprises de radiodiffusion » assujetties à la *Loi sur la radiodiffusion* lorsque, conformément à leur rôle comme FSI, ils fournissent l’accès par Internet à la « radiodiffusion » demandée par les utilisateurs finaux. La cour a statué que ce n’est pas le cas.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Eu égard au contexte du libellé de la *Loi sur la radiodiffusion* et vu l’objet de celle-ci, les termes « radiodiffusion » et « entreprise de radiodiffusion » ne sont pas censés assujettir l’entité qui ne fournit que le moyen de transmission. Il appert clairement de la *Loi sur la radiodiffusion* que les « entreprises de radiodiffusion » peuvent jusqu’à un certain point décider du contenu de leurs émissions. Les objectifs énoncés au par. 3(1) de la Loi s’attachent au contenu. Lorsque le FSI fournit l’accès à Internet, ce qui constitue sa seule fonction visée par la question soumise dans le renvoi, il ne participe aucunement à la sélection et à la création de contenu et à sa mise à disposition sous forme de forfaits. Le terme « entreprise de radiodiffusion » ne vise pas l’entité qui ne joue aucun rôle dans la réalisation des objectifs de la politique énoncée dans la *Loi sur la radiodiffusion*. Les FSI n’exploitent donc pas d’« entreprises de radiodiffusion » assujetties à la *Loi sur la radiodiffusion* lorsqu’ils fournissent l’accès par Internet à la « radiodiffusion » demandée par les utilisateurs finaux.

**Jurisprudence**

**Arrêts mentionnés :** *Electric Despatch Co. of Toronto c. Bell Telephone Co. of Canada* (1891), 20 R.C.S. 83; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141.

**Statutes and Regulations Cited**

*Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, ss. 2(1) “broadcasting”, (3), 3(1).

*Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38, s. 2(1) “telecommunications common carrier”.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Noël, Nadon and Dawson J.J.A.), 2010 FCA 178, 322 D.L.R. (4th) 337, 404 N.R. 305, [2010] F.C.J. No. 849 (QL), 2010 CarswellNat 2092, in the matter of a reference brought by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission regarding the *Broadcasting Act*. Appeal dismissed.

*Thomas G. Heintzman, Q.C.*, and *Bram D. Abramson*, for the appellants.

*John B. Laskin, Yousuf Aftab* and *Nicole Mantini*, for the respondents Bell Aliant Regional Communications et al.

*Nicholas McHaffie* and *Dean Shaikh*, for the respondent Shaw Communications Inc.

No one appeared for the intervener.

The following is the judgment delivered by

[1] THE COURT — In a 1999 report, the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (“CRTC”) concluded that the term “broadcasting” in s. 2(1) of the *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, included programs transmitted to end-users over the Internet. At that time, the CRTC concluded that it was not necessary to regulate broadcasting undertakings that provided broadcasting services through the Internet. It exempted these “new media broadcasting undertakings” from the requirements of the *Broadcasting Act*. In 2008, after public hearings, the CRTC revisited this exemption. One of the issues raised was whether Internet service providers — ISPs — were subject to the *Broadcasting Act* when they provided end-users with access to broadcasting through the Internet. The CRTC opted to send this issue to the Federal Court of Appeal for determination on a

**Lois et règlements cités**

*Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, art. 2(1) « radiodiffusion », (3), 3(1).

*Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, art. 2(1) « entreprise de télécommunication ».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Noël, Nadon et Dawson), 2010 CAF 178, 322 D.L.R. (4th) 337, 404 N.R. 305, [2010] A.C.F. n° 849 (QL), 2010 CarswellNat 3295, dans l’affaire d’un renvoi par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes relativement à la *Loi sur la radiodiffusion*. Pourvoi rejeté.

*Thomas G. Heintzman, c.r.*, et *Bram D. Abramson*, pour les appelantes.

*John B. Laskin, Yousuf Aftab* et *Nicole Mantini*, pour les intimées Bell Aliant Communications régionales et autres.

*Nicholas McHaffie* et *Dean Shaikh*, pour l’intimée Shaw Communications Inc.

Personne n’a comparu pour l’intervenant.

Version française du jugement rendu par

[1] LA COUR — Dans un rapport datant de 1999, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (« CRTC ») concluait que le terme « radiodiffusion » employé au par. 2(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, englobait la transmission d’émissions à des utilisateurs finaux par Internet. Il jugeait inutile, à cette époque, de réglementer les entreprises de radiodiffusion qui fournissaient leurs services de radiodiffusion grâce à Internet. Il a donc soustrait ces « entreprises de radiodiffusion de nouveaux médias » à l’application des exigences de la *Loi sur la radiodiffusion*. En 2008, à l’issue d’audiences publiques, le CRTC s’est penché sur l’opportunité du maintien de cette exemption. L’une des questions examinées était celle de savoir si les fournisseurs de services Internet — les FSI — étaient assujettis à la *Loi sur la radiodiffusion* lorsqu’ils permettaient aux

reference (2010 FCA 178, 322 D.L.R. (4th) 337). The specific reference question was:

Do retail Internet service providers (ISPs) carry on, in whole or in part, “broadcasting undertakings” subject to the *Broadcasting Act* when, in their role as ISPs, they provide access through the Internet to “broadcasting” requested by end-users?

[2] ISPs provide routers and other infrastructure that enable their subscribers to access content and services made available on the Internet. This includes access to audio and audiovisual programs developed by content providers. Content providers depend on the ISPs’ services for Internet delivery of their content to end-users. The ISPs, acting solely in that capacity, do not select or originate programming or package programming services. Noël J.A. held that ISPs, acting solely in that capacity, do not carry on “broadcasting undertakings”.

[3] We agree with Noël J.A., for the reasons he gave, that the terms “broadcasting” and “broadcasting undertaking”, interpreted in the context of the language and purposes of the *Broadcasting Act*, are not meant to capture entities which merely provide the mode of transmission.

[4] Section 2(1) of the *Broadcasting Act* defines “broadcasting” as “any transmission of programs . . . by radio waves or other means of telecommunication for reception by the public”. The Act makes it clear that “broadcasting undertakings” are assumed to have some measure of control over programming. Section 2(3) states that the Act “shall be construed and applied in a manner that is consistent with the freedom of expression and journalistic, creative and programming independence enjoyed by broadcasting undertakings”. Further, the policy objectives listed under s. 3(1) of the Act focus on content, such as the cultural enrichment of Canada, the promotion of Canadian content,

utilisateurs finaux d’avoir accès à la radiodiffusion au moyen d’Internet. Le CRTC a alors soumis la question à la Cour d’appel fédérale dans le cadre d’un renvoi (2010 CAF 178, 322 D.L.R. (4th) 337). La question précise à trancher était la suivante :

Les fournisseurs de services Internet (FSI) de détail exploitent-ils, en tout ou en partie, des « entreprises de radiodiffusion » assujetties à la *Loi sur la radiodiffusion* lorsque, conformément à leur rôle comme FSI, ils fournissent l’accès par Internet à la « radiodiffusion » demandée par les utilisateurs finaux?

[2] Les FSI mettent à la disposition de leurs abonnés routeurs et autres éléments d’infrastructure qui donnent accès au contenu et aux services offerts sur Internet, y compris de la programmation sonore et audiovisuelle provenant de fournisseurs de contenu, lesquels comptent sur les FSI pour la transmission de leur contenu par Internet aux utilisateurs finaux. Les FSI qui n’agissent qu’à ce titre ne sont pas à l’origine de la programmation ou des services y afférents, pas plus qu’ils ne les choisissent ou qu’ils ne les offrent sous forme de forfaits. Le juge Noël de la Cour d’appel fédérale statue que les FSI n’agissant qu’à ce titre n’exploitent pas d’« entreprises de radiodiffusion ».

[3] Pour les motifs qu’invoque le juge Noël, nous convenons avec lui, eu égard au contexte du libellé de la *Loi sur la radiodiffusion* et vu l’objet de celle-ci, que les termes « radiodiffusion » et « entreprise de radiodiffusion » ne sont pas censés assujettir l’entité qui ne fournit que le moyen de transmission.

[4] Suivant le par. 2(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*, « radiodiffusion » s’entend de la « [t]ransmission, à l’aide d’ondes radioélectriques ou de tout autre moyen de télécommunication, d’émissions [. . .] destinées à être reçues par le public ». Il appert clairement de la Loi que les « entreprises de radiodiffusion » peuvent jusqu’à un certain point décider du contenu de leurs émissions. Le paragraphe 2(3) dispose que « [l]’interprétation et l’application de la [Loi] doivent se faire de manière compatible avec la liberté d’expression et l’indépendance, en matière de journalisme, de création et de programmation, dont jouissent les entreprises de radiodiffusion ». Aussi, les objectifs énoncés au

establishing a high standard for original programming, and ensuring that programming is diverse.

[5] An ISP does not engage with these policy objectives when it is merely providing the mode of transmission. ISPs provide Internet access to end-users. When providing access to the Internet, which is the only function of ISPs placed in issue by the reference question, they take no part in the selection, origination, or packaging of content. We agree with Noël J.A. that the term “broadcasting undertaking” does not contemplate an entity with no role to play in contributing to the *Broadcasting Act’s* policy objectives.

[6] This interpretation of “broadcasting undertaking” is consistent with *Electric Despatch Co. of Toronto v. Bell Telephone Co. of Canada* (1891), 20 S.C.R. 83. In *Electric Despatch*, the Court had to interpret the term “transmit” in an exclusivity contract relating to messenger orders. Like the ISPs in this case, Bell Telephone had no knowledge or control over the nature of the communication being passed over its wires. This Court had to determine whether the term “transmit” implicated an entity who merely provided the mode of transmission. The Court concluded that only the actual sender of the message could be said to “transmit” it, at p. 91:

It is the person who breathes into the instrument the message which is transmitted along the wires who alone can be said to be the person who “transmits” the message. The owners of the telephone wires, who are utterly ignorant of the nature of the message intended to be sent, cannot be said . . . to transmit a message of the purport of which they are ignorant. [Emphasis added.]

[7] This Court relied on *Electric Despatch* in *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427, a proceeding under the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, to conclude that since ISPs merely

par. 3(1) de la Loi s’attachent au contenu (enrichissement culturel du Canada, promotion du contenu canadien, offre d’une programmation originale de haute qualité, variété de la programmation, etc.).

[5] Le FSI qui se contente de fournir le moyen de transmission ne peut contribuer à la réalisation de ces objectifs. Il permet à l’utilisateur final d’avoir accès à Internet, et lorsqu’il fournit cet accès, ce qui constitue son seul rôle visé par la question soumise dans le renvoi, il ne participe aucunement à la sélection et à la création de contenu et à sa mise à disposition sous forme de forfaits. Le juge Noël affirme avec raison que le terme « entreprise de radiodiffusion » ne vise pas l’entité qui ne joue aucun rôle dans la réalisation des objectifs de la politique énoncée dans la *Loi sur la radiodiffusion*.

[6] Cette interprétation du terme « entreprise de radiodiffusion » est compatible avec *Electric Despatch Co. of Toronto c. Bell Telephone Co. of Canada* (1891), 20 R.C.S. 83, une affaire dans laquelle la Cour était appelée à interpréter le verbe [TRADUCTION] « transmettre » employé dans un contrat d’exclusivité en matière de services de messagerie. Comme les FSI dans la présente affaire, Bell Telephone ignorait la nature de la communication transmise grâce à ses fils et n’exerçait aucune influence sur elle. La Cour devait déterminer si l’action de « transmettre » pouvait être le fait d’une entité qui fournissait seulement le moyen de transmission. Elle a conclu que seul l’expéditeur véritable du message pouvait être considéré comme celui qui le « transmet » (p. 91) :

[TRADUCTION] Seule la personne qui dit le message, lequel est transmis par les fils, peut être considérée comme la personne qui « transmet » le message. On ne peut dire des propriétaires des fils électriques, qui ignorent tout de la nature du message devant être transmis, qu’ils transmettent [. . .] un message dont ils ignorent la teneur. [Nous soulignons.]

[7] Dans *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427, une affaire intéressant la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42, la Cour a invoqué l’arrêt *Electric Despatch*. Elle a estimé

act as a conduit for information provided by others, they could not themselves be held to communicate the information.

[8] The appellants in this case argued that we should instead follow *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141. In *Capital Cities*, decided under a 1968 version of the *Broadcasting Act*, the CRTC had amended Rogers Cable's licence, allowing Rogers to delete and substitute the television advertisements in the American broadcasts it received before it distributed the broadcast to viewers. The American broadcasting stations argued that the *Broadcasting Act* was *ultra vires* Parliament since it purported to regulate systems situated wholly within provincial boundaries. As part of this argument, the American stations attempted to sever the function of receiving television signals from the distribution or retransmission of those signals within a particular province. The Court rejected this severance of reception and distribution, stating that it was a "single system" coming under federal jurisdiction. The appellants argue before this Court that ISPs similarly form part of a single broadcasting system that is subject to regulation under the *Broadcasting Act*.

[9] Like Noël J.A., we are not convinced that *Capital Cities* assists the appellants. The case concerned Rogers Cable's ability to delete and substitute advertising from American television signals. There was no questioning in *Capital Cities* of the fact that the cable television companies had control over content. ISPs have no such ability to control the content of programming over the Internet.

[10] Contrary to the submissions of the appellants, we need not decide whether the fact that ISPs use "routers" prevents them from being characterized as telecommunications common carriers. Noël J.A. was not asked to decide whether ISPs are a "telecommunications common carrier" under s. 2(1) of the *Telecommunications Act*, S.C. 1993,

que dans la mesure où ils ne servaient que d'agents pour permettre la communication de données provenant de tiers, on ne pouvait conclure que les FSI communiquaient eux-mêmes ces données.

[8] En l'espèce, les appelantes soutiennent que nous devons plutôt nous appuyer sur l'arrêt *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141. Dans cette affaire où la Cour a statué en fonction de la version de la *Loi sur la radiodiffusion* en vigueur en 1968, le CRTC avait modifié la licence de Rogers Cable pour lui permettre de supprimer les annonces publicitaires dans les émissions de télévision américaines qu'elle recevait et de les remplacer par d'autres avant la diffusion aux abonnés. Les radiodiffuseurs américains prétendaient que la *Loi sur la radiodiffusion* outrepassait la compétence du Parlement en ce qu'elle visait à réglementer des systèmes entièrement situés à l'intérieur des limites d'une province. Ils tentaient notamment de dissocier la réception des signaux de télévision de leur transmission ou retransmission dans une province donnée. La Cour a statué qu'il s'agissait d'un « système unique » ressortissant à la compétence fédérale, et elle a rejeté leur thèse. Les appelantes font valoir devant notre Cour que, de la même façon, les FSI font partie d'un système unique de radiodiffusion soumis à la *Loi sur la radiodiffusion*.

[9] À l'instar du juge Noël, nous ne croyons pas que l'arrêt *Capital Cities* étaye la thèse des appelantes. Dans cette affaire, la question était celle de savoir si Rogers Cable pouvait supprimer les messages publicitaires de signaux de télévision américains et les remplacer par d'autres. Nul ne remettait en cause le fait que les câblodistributeurs décidaient du contenu. Or, les FSI n'ont pas cette faculté de décider du contenu de la programmation offerte sur Internet.

[10] Contrairement à ce que prétendent les appelantes, nous n'avons pas à décider si l'utilisation de « routeurs » par les FSI fait obstacle à leur assimilation à des « entreprise[s] de télécommunication » au sens du par. 2(1) de la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38. Le juge Noël n'était pas saisi de la question de savoir si les FSI

c. 38. Nor, based on the record before us, do we feel it appropriate for us to do so.

[11] We therefore agree with Noël J.A.'s answer to the reference question, namely, that ISPs do not carry on "broadcasting undertakings" under the *Broadcasting Act* when, in their role as ISPs, they provide access through the Internet to "broadcasting" requested by end-users. We would therefore dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellants: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Solicitors for the respondents Bell Aliant Regional Communications et al.: Torys, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Shaw Communications Inc.: Stikeman Elliott, Ottawa.*

constituent de telles entreprises au sens de cette loi. À la lumière du dossier, nous ne jugeons pas non plus opportun de le faire.

[11] Nous sommes donc d'accord avec la réponse du juge Noël à la question posée dans le renvoi, à savoir que les FSI n'exploitent pas d'« entreprises de radiodiffusion » assujetties à la *Loi sur la radiodiffusion* lorsque, conformément à leur rôle de FSI, ils fournissent l'accès par Internet à la « radiodiffusion » demandée par les utilisateurs finaux. Nous sommes par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs des appelantes : McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureurs des intimées Bell Aliant Communications régionales et autres : Torys, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée Shaw Communications Inc. : Stikeman Elliott, Ottawa.*